



Máster Universitario en Acceso a la Abogacía

Curso académico 2022–2023

*Trabajo Fin de Máster*

# “El deber de secreto del consejero dominical”

---

Francisco José Del Castillo-Olivares Pavillard

Tutor

Doña Paula del Val Talens

Derecho Mercantil - Derecho de Sociedades

Convocatoria de febrero



## Resumen

El presente trabajo tiene por objeto analizar el deber de secreto de los administradores y ahondar en particular en la trascendencia del deber de secreto de los consejeros dominicales desde el punto de vista doctrinal y jurisprudencial, habida cuenta de la inexistencia de regulación expresa sobre el particular más allá del régimen general de este deber.

Sin perjuicio de lo anterior, se encuentra ampliamente aceptado por la doctrina que los consejeros dominicales tienen el mismo deber de lealtad hacia la sociedad que gestionan los demás administradores, pero ello no impide que sea difícil evaluar la extensión del deber de secreto cuando transmiten información confidencial sobre el progreso de la sociedad a los socios que les propusieron. A lo largo del presente trabajo se pretende analizar si cabe restringir esta obligación y, de ser así, bajo qué supuestos de hecho pueden los consejeros dominicales trasladar esta información a los socios proponentes, ya que existe un vínculo funcional entre estos.

## ÍNDICE

<b>1. RESUMEN</b> .....	<b>3</b>
<b>2. ÍNDICE DE ABREVIATURAS</b> .....	<b>5</b>
<b>3. INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>6</b>
<b>4. EL DEBER DE SECRETO: MARCO GENERAL</b> .....	<b>8</b>
1. El deber de secreto: contenido esencial.....	8
A) Alcance material y temporal del deber de secreto.....	11
B) Divulgación de información permitida por ley.....	14
C) Especial referencia a la dispensa .....	16
2. El deber de secreto: perspectiva funcional .....	18
3. El deber de secreto: perspectiva subjetiva.....	21
4. La inobservancia del deber de secreto y sus consecuencias .....	22
A) Separación del administrador .....	22
B) Las acciones de responsabilidad.....	23
C) Efectos penales .....	24
D) La reparación del daño desde la perspectiva civil .....	26
E) La violación de secretos .....	28
<b>5. EL DEBER DE SECRETO DEL CONSEJERO DOMINICAL DESDE LA PERSPECTIVA DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL</b> .....	<b>30</b>
1. El consejero dominical: noción .....	30
2. El consejero dominical y el deber de secreto: una difícil relación .....	33
A) El caso <i>Fred Olsen</i> .....	40
B) <i>Acciona vs. FCC</i> .....	43
C) <i>ACS vs. Iberdrola</i> .....	47
<b>6. ACTUACIONES TENDENTES A SUPERAR LA INSEGURIDAD JURÍDICA DEL CONSEJERO DOMINICAL</b> .....	<b>50</b>
1. Reglamento del consejo de administración .....	50
2. Pactos de confidencialidad .....	52
3. Cartas de nombramiento o designación.....	52
<b>7. CONCLUSIONES</b> .....	<b>54</b>
<b>8. BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>58</b>
<b>9. LEGISLACIÓN</b> .....	<b>63</b>
<b>10. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA</b> .....	<b>65</b>

## Índice de abreviaturas

**AP:** Audiencia Provincial

**Art.:** artículo

**CNMV:** Comisión Nacional del Mercado de Valores

**Coord.:** coordinador

**CP:** Código Penal

**Dir.:** director

**LCD:** Ley de Competencia Desleal

**LMV:** Ley del Mercado de Valores

**LSA:** Ley de Sociedades Anónimas

**LSC:** Ley de Sociedades de Capital

**LSE:** Ley de Secretos Empresariales

**Núm.:** número

**Pp.:** páginas

**RAM:** Reglamento sobre el Abuso de Mercado

**SAP:** Sentencia de la Audiencia Provincial

**SJM:** Sentencia del Juzgado de lo Mercantil

**STS:** Sentencia del Tribunal Supremo

**TS:** Tribunal Supremo

**Vs.:** versus

## **Introducción**

El objetivo principal de este trabajo es el estudio y análisis del deber de secreto de los administradores y, en especial, de los consejeros dominicales tomando en consideración la particularidad de esta figura jurídica con el antedicho deber y sus problemáticas prácticas. En tanto que la legislación no tiene una regulación directa y expresa en relación con esta tipología de administradores y su nexo con el deber de secreto, es por lo que deberemos acudir a lo dispuesto en la doctrina y la jurisprudencia. Se plantea la cuestión de si el citado administrador debe cumplir respecto del socio que le ha propuesto, con el mismo deber de secreto que otros administradores.

El deber de secreto debe su esencia a la necesidad de proteger información que es confidencial y valiosa para los intereses sociales. El uso indebido que pueda hacer el accionista de la citada información pondría en peligro a la compañía y de ahí la necesidad de regularlo.

Dicho lo anterior, procederemos a analizar de forma general el deber de secreto y en particular cómo opera con los consejeros dominicales, así como qué ocurre ante la falta de cumplimiento de este deber.

En lo que respecta a la metodología aplicada en el presente trabajo es predominantemente analítica, habiéndose procedido a examinar la normativa de aplicación, la doctrina científica que se ha ocupado del tema, así como el tratamiento jurisprudencial de la materia.

En cuanto a la estructura de este, se ha iniciado desde lo más general a lo más específico. Es por ello que se ha partido del análisis de la figura empezando por el marco general de deber de secreto, analizando el mismo desde sus diferentes perspectivas, posteriormente se han examinado las consecuencias de su inobservancia y por último se ha centrado la atención en el estudio de dicho deber desde la esfera concreta del consejero dominical, dotando al estudio de una visión íntegra a través de la consulta tanto de normativa aplicable, como de doctrina autorizada y jurisprudencia.

El objetivo de abordar el análisis del asunto que nos ocupa desde todas las fuentes anteriormente expuestas no tiene otro fundamento que el de exponer una visión lo más amplia e íntegra posible sobre las especiales particularidades de este deber y forma de tratarlo en la práctica.

## **El deber de secreto: marco general**

La importancia del deber de secreto, y por lo tanto, la necesidad de regularlo de una forma más pormenorizada, son el resultado directo del acento que los órganos legislativos están poniendo en dotar de mayor importancia a los deberes de transparencia, todo ello dentro de la corriente del buen gobierno corporativo y el desarrollo de las nuevas tecnologías.

### ***1. El deber de secreto: contenido esencial***

A la hora de abordar el contenido esencial del deber de secreto, lo primero que debemos despejar son los requisitos o características que forman parte de una determinada información para poderla dotar de la protección a través del deber de secreto<sup>1</sup>.

La base del deber de confidencialidad reside en el compromiso de los administradores de no divulgar la información valiosa para la sociedad a la que tienen acceso como consecuencia de su cargo, esto es conforme al artículo 225.3 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC).

Como bien es sabido y coloquialmente se señala, la información es poder. La información es fundamental para crear la estrategia empresarial, de ahí que una vez en manos de los administradores se haga necesario que estos no la comuniquen o difundan con más personas para evitar una pérdida de control de la misma.

---

<sup>1</sup> FELIU REY, J., “El deber de secreto de los administradores”, en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 613-614.

Cierto es que dicho deber no puede abarcar la práctica totalidad de la información de la que dispone un administrador, sino sólo aquella que por sus rasgos deba ser protegida.

Los elementos que la identifican se resumen en encontrarnos ante información societaria<sup>2</sup>, con un contenido mínimo que deba ser protegido, que se trate de información no pública y que además exista un interés legítimo en mantenerla bajo secreto. Ello se justifica en la importancia que tiene para el desarrollo de los negocios sociales o el daño que su divulgación pudiera causar.

Para las sociedades cotizadas, toda información también se considera confidencial, independientemente de que pertenezca a la categoría anterior, siempre que se enmarque en el concepto de información privilegiada según lo dispuesto en el artículo 226 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (en adelante LMV)<sup>3</sup> y en el concepto de información privilegiada contenido en el artículo 7 del Reglamento (UE) nº 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (en adelante RAM).

---

<sup>2</sup> RIBAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 38, 2012, pp. 86-87.

<sup>3</sup> Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. BOE, núm. 255, de 24 de octubre de 2015, pp. 100356-100541.

Aquí es trascendental diferenciar entre información privilegiada e información confidencial<sup>4</sup>. En tanto que la información privilegiada es normativamente relevante desde el punto de vista de las normas que regulan la transparencia en el mercado de valores, mientras que el concepto de información confidencial en sentido societario es, en efecto, más amplio.

Además, la LSC lo que protege es la información de la sociedad en la que ejerce el cargo el administrador. Por contra la información privilegiada puede estar vinculada con la propia empresa o ser información que proviene del exterior. El espíritu de la LMV es el de protección de la confianza generada en el mercado para evitar el fraude o el uso indebido de información confidencial que alteraría negativamente el mercado, mientras que la LSC aspira a salvaguardar los intereses de la empresa. Por último, el alcance respecto al sujeto infractor también difiere de una norma a otra. El deber de confidencialidad regulado en la LSC se aplica al órgano de administración exclusivamente, mientras que la información privilegiada regulada en la LMV y en el RAM abarca a cualquier persona que cuente con dicha información, tal y como se regula en otros en sus artículos 8 de ambos textos normativos. Lo anteriormente expuesto no limita los supuestos en los que es posible que el administrador vulnere ambos preceptos legales con su conducta.

---

<sup>4</sup> FELIU REY, J., “El deber de secreto de los administradores”, en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 635-636, GALLEGO SÁNCHEZ, E., “El deber de secreto de los administradores tras la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas por la Ley de Transparencia”, en RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (coord.), *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, volumen II, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, p. 1011., y FARRANDO MIGUEL, I., *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*, Estudios de Derecho Mercantil, Madrid, Civitas, 2001, pp. 147-152.

Asimismo, debe destacarse igualmente la importancia de diferenciar el concepto de información confidencial y el de secretos empresariales regulados en el artículo 13 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal<sup>5</sup> (en adelante LCD) o del secreto de empresa recogido en los artículos 278 y 279 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante CP), que consiste en la obligación de “la adopción de medidas necesarias para salvaguardar el secreto”.

Dichas medidas tendrán el objetivo de proteger cierta información como secreta, lo cual es irrelevante en el supuesto de los administradores al ser ellos en primera persona los fiscalizados por ley para adoptar las medidas necesarias para impedir su publicación por el deber de diligencia dispuesto en el artículo 225 LSC<sup>6</sup>.

No obstante todas las referencias anteriormente detalladas, la realidad es que estos son sólo criterios de selección que requieren una evaluación especial en cada supuesto de hecho. Por lo tanto, cada administrador debe resolver sobre una determinada hipótesis en relación a los intereses de la sociedad, la confidencialidad de la información basada en este interés y el deber de secreto ligado que lo vincula y, en caso de que esté dubitativo, siempre decidir en pro del secreto, especialmente si el daño alegado es posible y no real<sup>7</sup>.

#### *A) Alcance material y temporal del deber de secreto*

Con carácter previo a las modificaciones introducidas por la Ley 31/2014, el deber de secreto estaba regulado en el artículo 232 LSC. En la actualidad, el citado deber está regulado por el artículo 228 b) LSC, el cual dispone que “el deber de lealtad obliga al administrador a guardar secreto sobre las informaciones, datos, informes o antecedentes a los que haya tenido acceso en el desempeño de su cargo, incluso cuando haya cesado en él, salvo en los casos en que la ley lo permita o requiera”.

---

<sup>5</sup> Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. BOE, núm. 10, de 11 de enero 1991, pp. 959-962.

<sup>6</sup> FARRANDO MIGUEL, I., *El deber...*, cit., pp. 142-147.

<sup>7</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, E., “El deber...”, cit., pp. 1009-1011.

Del análisis preliminar se puede concluir que la reforma tiene por objeto extender el alcance objetivo del deber de secreto de los administradores<sup>8</sup>. El nuevo artículo recoge que el deber de guardar secreto abarca todas las informaciones, datos, informes o antecedentes cuando el gerente tenga acceso a los mismos en el ejercicio de sus funciones, incluso si la difusión no amenaza los intereses de la empresa. Esto difiere de lo que disponía el anterior artículo 232 LSC, dado que establecía como requisito que se derivasen consecuencias adversas para los intereses de la empresa.

En cuanto al primer punto, se puede concluir que la finalidad del nuevo texto del artículo es incluir toda la información que pueda conocerse en el ejercicio del cargo, incluida la información que no esté relacionada con la empresa.

Esta técnica se dirige a evitar movimientos defensivos de los administradores desleales que intentan negar un incumplimiento del deber cuando "por ejemplo, no guardaron secreto sobre hechos que conocieron fuera de las reuniones del consejo o como elementos accesorios de lo que fue la decisión o acuerdo en el que participaron"<sup>9</sup>. De igual forma se protege la información sobre situaciones actuales, pero también previas al momento de aceptar el cargo, siempre que se conociera durante el cargo.

En consecuencia, toda la información que conozca en el ejercicio de sus funciones y que afecte a la empresa está sujeta al deber de confidencialidad<sup>10</sup>. Sin embargo, esta interpretación puede ser exagerada obligando al administrador a comportarse de manera desproporcionada o innecesaria desde el punto de vista de un representante leal<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, E., “El deber...”, cit., pp. 1002-1003.

<sup>9</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La reforma de los deberes de los administradores y de su responsabilidad”, en Morillas Jarillo, M. J., PERALES VISCASILLAS, M. P., PORFIRIO CARPIO, L. J. (dirs.), *Estudios sobre el futuro del Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 904-905 (accesible a través de [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21008/reformadeberesadministradores\\_sanchez-caleroguilarte\\_RIO\\_2015.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21008/reformadeberesadministradores_sanchez-caleroguilarte_RIO_2015.pdf); última consulta 27/11/2022).

<sup>10</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La reforma...”, cit., p. 905.

<sup>11</sup> ARANBURU URIBARRI, E., “Alcance del deber de secreto de los consejeros dominicales”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2016, p. 3.

Por esto, este es el punto de partida en general: toda información privada debe mantenerse confidencial “salvo aquella absolutamente irrelevante e indiscutiblemente inocua a ojos de cualquier observador externo”<sup>12</sup> aplicando los criterios de importancia y racionalidad.

En otras palabras, sólo debe estar sujeta al deber de secreto la información, datos, informes o antecedentes que no sean públicos<sup>13</sup> y cuya confidencialidad sea de interés de la empresa y/o tenga al menos una expectativa razonable de que se mantendrá confidencial.

Matizando este punto, la nueva redacción del artículo 228 b) LSC deja claro que ya no constituye un criterio decisivo para determinar qué información no está amparada por la obligación de guardar secreto el hecho de que no perjudique el interés social<sup>14</sup>. En consecuencia, la información confidencial será aquella cuya difusión pueda impedir, dificultar o limitar el buen funcionamiento de la empresa, aunque no le cause un perjuicio real<sup>15</sup>.

Finalmente, el artículo 228b) LSC obliga al administrador a cumplir con su deber de secreto incluso después de haber cesado en sus funciones. El deber de secreto después de la finalización del cargo naturalmente se extiende sólo en tanto que la información siga ostentando el carácter de confidencial y por un período indefinido<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, cit., p. 51.

<sup>13</sup> FARRANDO MIGUEL, I., *El deber de ...*, cit., pp. 118-123.

<sup>14</sup> PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, cit., p. 51.

<sup>15</sup> ARANBURU URIBARRI, E., “Alcance del...”, cit., p. 4.

<sup>16</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., “El deber de ...”, cit., pp. 261-264.

Y es que la extensión temporal del deber de secreto tiene también un carácter post contractual toda vez que los administradores ostentan la obligación de guardar secreto en relación a aquellas informaciones que estén dotadas de la condición de confidencial y de las que hayan tenido constancia por su condición de administradores, obligación que no desaparece tras su cese y que mantendrá su plena vigencia aún tras dejar su cargo<sup>17</sup>.

La doctrina autorizada entiende a este respecto que la vigencia de la obligación debe entenderse como de duración indefinida, aun con la dificultad que este tipo de obligaciones plantea en el Derecho español, al no encontrar argumentos suficientes para limitar la exigibilidad de la responsabilidad por su incumplimiento que, además, como plazo de prescripción, puede ser interrumpido y suspendido<sup>18</sup>.

### *B) Divulgación de información permitida por ley*

El artículo 228 b) LSC exime de la obligación de respetar el deber de secreto en los casos en que la ley permita o exija la revelación de información. Esta excepción también estaba prevista en el antiguo artículo 232 LSC. Estas disposiciones no dejan lugar a dudas de que el administrador está liberado de este secreto de la información confidencial de la empresa en la medida en que se encuentre permitido o sea requerido por la ley. Sin embargo, las condiciones bajo las cuales la ley permite u obliga al administrador divulgar esta información deben ser claras<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> ALCALDE SILVA, J. “La extensión temporal del deber de secreto de los administradores sociales”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 275, 2010, p. 42 (disponible en <https://jaimealcalde.cl/assets/files/La-extensiontemporaldeleberdesecretodelosadministradoressociales.pdf>, última consulta 31/01/2023).

<sup>18</sup> VIVES RUIZ, F, “El deber de secreto de los administradores sociales”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 167, 2022, p.26.

<sup>19</sup> SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La reforma...”, cit., p. 905.

No obstante, no es la única excepción al deber de guardar secreto, si bien es la única excepción mencionada en la LSC, que establece tres escenarios<sup>20</sup>:

En primer lugar, la antedicha excepción en los supuestos en que la ley lo permita o lo exija (artículo 228 b LSC), distinguiendo dos subgrupos. Por un lado, las obligaciones relacionadas con la difusión legal, según las cuales una empresa está obligada por ley a proporcionar periódicamente o en situaciones concretas cierto tipo de información a cualquier interesado, ya sea mediante comunicación, anuncio o puesta a disposición de la Administración, para que pueda hacerse constar en registros públicos.

Por ejemplo, este supuesto se da ante la obligación de las sociedades cotizadas de informar al público de toda información importante que pueda afectar significativamente a la cotización en bolsa (artículo 228 LMV).

Y por otro lado los deberes legales de comunicación a determinados sujetos que pueden estar obligados a mantener la información confidencial. Por ejemplo, la obligación de proporcionar la información necesaria a los inspectores de trabajo o a las autoridades de control de la CNMV.

La segunda excepción se da en los casos en que la transferencia de información esté justificada por la cuidadosa y fiel gestión de la empresa, en cuyo caso el destinatario de la información está, a su vez, obligado a mantener esta información confidencial<sup>21</sup>. Pueden distinguirse tres casos: a) cuando la información se entrega a quienes prestan servicios profesionales a la empresa y que, por su condición profesional, están obligados a tratarlos de forma confidencial (por ejemplo, abogados o auditores); b) personas a las que se les da información sobre su relación laboral con la empresa para el correcto desarrollo de su trabajo (por ejemplo, un supervisor o un empleado) y finalmente c) un grupo formado por aquellas personas ajenas al ámbito de la empresa cuya cooperación es necesaria para el desarrollo de las operaciones de la empresa.

---

<sup>20</sup> FARRANDO MIGUEL, I., *El deber...*, cit., pp. 161-194.

<sup>21</sup> MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., “Cuaderno de Derecho y Comercio”, núm. 65, 2016, pp. 46-47.

En algunos casos, el tercero no tiene una obligación específica de mantener la confidencialidad de la información, por lo que los administradores deben exigir un acuerdo de confidencialidad.

Finalmente, la obligación se vería limitada por una excepción por orden público. En este sentido, el deber de secreto no protege la confidencialidad de las actuaciones ilícitas de la sociedad o de otros administradores, de las que debe informar el administrador que las conozca<sup>22</sup>.

### *C) Especial referencia a la dispensa*

Una vez repasadas las excepciones al deber de secreto, conviene referirse a la dispensa y al procedimiento previsto en el artículo 230 LSC. Esta disposición consagra expresamente el carácter preceptivo del régimen establecido del deber de lealtad, en el que se enmarca el deber de secreto, por lo que resultan inaplicables las disposiciones en estatutos sociales que pretendan infringirlo o limitarlo. Sin embargo, el legislador también impone un régimen de excepción estricta, a través del cual la sociedad puede autorizar ciertas actividades, si se garantiza que la transacción autorizada será inofensiva para los activos de la empresa. En este sentido, una dispensa es siempre excepcional porque es específica, es decir, se refiere a casos concretos, excluyendo la posibilidad de una renuncia general a favor de un determinado administrador u otras acciones pertenecientes a una determinada categoría. Así, el otorgamiento de una dispensa implica que se ha otorgado a un administrador facultades expresas para realizar operaciones generalmente prohibidas, y los administradores suelen ser los beneficiarios directos de ella, aunque también lo puede ser una persona relacionada con él (artículo 230.2 LSC).

---

<sup>22</sup> STS núm. 662/2011, de 04 de octubre de 2011, en la que se manifiesta que el deber de confidencialidad debe enmarcarse dentro de la lealtad a la sociedad.

A este respecto, cabe señalar que la LSC nada prevé en relación al contenido de la comunicación del conflicto de interés<sup>23</sup> que con carácter previo debe realizar el administrador en relación a cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que este o personas vinculadas a este pudieran tener con el interés de la sociedad, pero debe considerarse que la comunicación debe mencionar la persona o personas en conflicto y los beneficiarios de la posible dispensa, la naturaleza del acto o contrato que origina el conflicto, la fecha del conflicto y su duración estimada, las condiciones y los riesgos de la operación para la sociedad, así como toda la información que permita a los socios valorar el conflicto<sup>24</sup>. Las especificaciones anteriormente citadas ponen de manifiesto como se ha indicado en el párrafo precedente que la dispensa nunca puede ser general, sino que se debe tratar de una acción excepcional y perfectamente fundamentada en su solicitud y posterior concesión. Toda esta información influirá a la hora de otorgar o denegar la dispensa, o de imponer o no condiciones a la misma<sup>25</sup>.

Por otro lado, especial trascendencia tiene la dispensa en el supuesto en que la figura del socio y del administrador coincidan en la misma persona. Así, quien siendo administrador sea, a la vez, socio de la sociedad, se verá obligado a abstenerse de votar en el acuerdo de la junta que tenga por objeto la dispensa del cumplimiento de las exigencias propias de su deber de lealtad, existiendo entonces la posibilidad de que la junta no apruebe la dispensa, ya que su obligada abstención podría permitir a la minoría «agrandar» su poder en la sociedad y ejercitar, si así lo considera conveniente, una suerte de derecho de veto sobre la autorización solicitada por el administrador<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> EMPARANZA SOBEJANO, A, “El deber de lealtad de los administradores y de evitar situaciones de conflicto”. EMPARANZA SOBEJANO, A. (dir.), *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 149-150.

<sup>24</sup> EMPARANZA SOBEJANO, A, *El deber...*, cit., pp. 150-151.

<sup>25</sup> BOQUERA MATARREDONA, J, “La dispensa del conflicto de interés de los administradores por la Junta General”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 57, 2019, p.24.

<sup>26</sup> EMPARANZA SOBEJANO, A, “Deber de abstención del socio-administrador en la junta general: el conflicto de interés indirecto”. EMPARANZA SOBEJANO, A. (dir.), *El derecho de sociedades y de cooperativas: nuevos retos en su configuración y en la gestión de los administradores*, Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 152.

## ***2. El deber de secreto: perspectiva funcional***

En relación con el alcance del deber de secreto, el administrador tiene la obligación de no divulgar la información obtenida en el desempeño de sus tareas, por lo que es necesaria como punto de partida la actuación activa del administrador para su incumplimiento. Sin embargo, el deber de secreto puede ser violado también por la actitud pasiva del administrador, cuya tarea es tomar las medidas necesarias para asegurar que la información no esté disponible para terceros. De esta forma, se permiten actuaciones tanto activas como omisivas (permitiendo o denegando el acceso a la información de terceros) en relación con el incumplimiento de esta obligación<sup>27</sup>.

Generalmente, se distinguen dos tipos de infracción: (i) comunicación y (ii) divulgación. Aunque la comunicación requiere que la información sea conocida por ciertos terceros, la divulgación significa que la información se convierte en dominiopúblico. La diferencia no es trivial en el sentido de que, si la divulgación de información confidencial le da un carácter propio a la información comunicada al público, su divulgación no significa necesariamente una pérdida de confidencialidad, aunque sigue siendo una infracción del administrador<sup>28</sup>.

Cabe señalar que el hecho de que el comportamiento típico requiera la divulgación de información excluye la obligación del deber de secreto en el caso de que el responsable del tratamiento la utilice únicamente en beneficio propio o de un tercero. En otras palabras, el uso de información confidencial constituye un supuesto autónomo excluido de este deber<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, E., “El deber...”, cit., pp. 991-1028.

<sup>28</sup> FELIU REY, J., “El deber...”, cit., p. 638.

<sup>29</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, E., “El deber...”, cit., pp. 1011-1014 y CASTELLANO RAMÍREZ, M. J., “El deber...”, obra citada., pp. 1669-1670.

A mayor abundamiento, la transmisión de información no tiene por qué ser necesariamente verbal, es suficiente con el traspaso del material físico que contiene la información y con facilitar los mecanismos que permiten acceder a ella<sup>30</sup>.

Por otro lado, el origen o la causa de la actuación del administrador es irrelevante, produciéndose la infracción del deber tanto si es con fines lucrativos o por cualquier otro motivo, incluso si obedece a un despiste<sup>31</sup>.

En este punto también debemos referirnos al derecho de acceso a la información del socio, que se reconoce en los arts. 93 y 196 y siguientes. La LSC permite a los accionistas y a sus representantes solicitar y examinar "informes o aclaraciones" sobre asuntos incluidos en el orden del día de la junta, y atribuye a los consejeros el correspondiente deber de facilitarlos. Este artículo nos obliga a examinar cómo se relacionan este derecho del socio con el deber de secreto de los administradores.

Cabe realizar dos puntualizaciones sobre esto<sup>32</sup>. En primer lugar, la vida empresarial suele estar reservada al órgano de administración por lo que, si no existe obligación de proporcionar cierta información en los estatutos o normativa legal, sólo los administradores estarán en disposición de conocer la información necesaria para llevar a cabo sus funciones de forma que promuevan una gestión social leal y diligente. Esto permite concluir, con matices y dejando a salvo los llamados puntos meramente informativos, que toda información que divulguen libremente sin estar sujeta al orden del día no está dentro del marco del derecho de información del socio y podría constituir una violación del deber de secreto si se trata de información confidencial.

---

<sup>30</sup> FELIU REY, J., “El deber...”, cit., p. 639.

<sup>31</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El deber de secreto de los administradores sociales”, Almacén de Derecho, agosto 2018.

<sup>32</sup> FARRANDO MIGUEL, I., *El deber...*, cit., pp. 170-183.

En segundo lugar, el derecho a la información no es absoluto, por lo que el socio no puede abusar de él con el propósito de conseguir un resultado que se desvía del objetivo (art. 197.6 LSC)<sup>33</sup>.

Cabe señalar que conforme a las restricciones definidas en los artículos 196.2 y 197.3 LSC, el órgano de administración tiene derecho a negarse a facilitar la información solicitada por los socios si considera que puede perjudicar los intereses de la sociedad<sup>34</sup>. Si la institución ha determinado que cierta información es confidencial, no debe divulgarse al socio hasta que se realice una nueva solicitud de información en la próxima junta o si la información ya es pública.

Parece claro que esta prohibición no puede limitarse al tiempo de la junta ni restringir su alcance únicamente a los participantes en la reunión, porque de lo contrario sería absurdo incluir a socios que no quisieron o no participaron en la reunión. Por otra parte, si bien el administrador debe tomar en cuenta el daño potencial a la empresa al presentar la información antes mencionada, no es necesario que justifique su decisión y la mera afirmación de que su publicación puede afectar los intereses de la empresa, lo que no significa que el órgano de administración no pueda actuar sobre esta base, esto es, la mera alegación del órgano de administración en este sentido sería suficiente para la negativa a facilitar la información solicitada, quedando la fiscalización de dicha decisión para un momento posterior<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> STS núm. 2747/1962, de 13 de abril de 1962, en la que se manifiesta que el derecho de información no es un “cauce abierto a cualquier intención obstaculizadora con móviles no siempre legítimos que dificulten el normal funcionamiento de la sociedad y de los órganos”

<sup>34</sup> VEGA CLEMENTE, V. y HERRERO JIMÉNEZ, M., “La nulidad de la convocatoria de junta general como consecuencia de la vulneración del derecho de información del socio y otros defectos formales”. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M y COHEN BENCHETRIT, A. (dirs.), *Derecho de Sociedades: cuestiones sobre órganos sociales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 128-129.

<sup>35</sup> FARRANDO MIGUEL, I., *El deber...*, cit., pp. 178-183.

No obstante, este derecho no podrá ejercerse si la solicitud está apoyada por accionistas que representen, al menos, el 25 por ciento del capital social, pudiendo los estatutos fijar un límite inferior de acciones (pero superior al 5 por ciento del capital social en el caso de las sociedades anónimas (artículos 193.3 y 197.4 LSC).

En conclusión, son los administradores los que habitualmente deciden por sí mismos si la información solicitada es confidencial y perjudicial para los intereses de la empresa, y por lo tanto los que determinan los límites del derecho de acceso a la información del socio pero con sujeción a control jurisdiccional<sup>36</sup>.

### ***3. El deber de secreto: perspectiva subjetiva***

En cuanto al alcance subjetivo del deber de secreto, se puede concluir de la redacción del artículo que todos los administradores, incluidos los consejeros tienen un deber de guardar secreto. En este sentido, la estructura del órgano de administración es irrelevante, lo cual es lógico. En el artículo 236 inciso 3 LSC, esta obligación se extiende también a los administradores de hecho.

En este sentido, se considera que la responsabilidad por incumplimiento del deber de lealtad debe extenderse como un deber general a todas las personas que, aún sin cargo formal de administrador, desempeñen una función similar en la sociedad, es decir, que operen a la sombra de los órganos formales de toma de decisiones o “entre bastidores”.

Por lo tanto, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 236 LSC en cuanto a la extensión subjetiva de la responsabilidad, la misma debe extenderse por lo menos a:

---

<sup>36</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, B., “El deber de secreto de los administradores y el derecho de información del socio: Un conflicto abierto”, *Revista Derecho de los Negocios*, núm. 254, 2011, pp. 7-8.

i) las personas físicas representantes de los administradores de la persona jurídica; ii) los altos directivos de la sociedad, incluidos en este grupo únicamente los que forman parte del equipo directivo de primera línea que reportan directamente al órgano de administración y tienen un alto grado de independencia en la toma de decisiones; iii) administradores de hecho, es decir, personas que efectivamente ejercen funciones de control sin título o invalidado; iv) “administradores ocultos”, que son las personas por cuya cuenta actúan los administradores de la sociedad, y finalmente v) los accionistas mayoritarios<sup>37</sup>.

Especial hincapié debe hacerse respecto a la figura del consejero dominical, cuya controversia en esta temática hace necesario que sea analizado de forma singular y más extensa, lo cual se desarrollará más adelante en este trabajo.

#### ***4. La inobservancia del deber de secreto y sus consecuencias***

Entre los obstáculos para litigar en relación a la inobservancia del deber de secreto de los administradores, destacan tres: (i) elevados requisitos para poder estar legitimado para ejecutar la acción social de responsabilidad; ii) falta de claridad o transparencia de las situaciones de conflicto y iii) problemática relativa a los medios probatorios<sup>38</sup>. A continuación, se esbozan las principales consecuencias de la vulneración del deber de secreto, aunque sin mayor explicación, ya que rebasaría los objetivos de este trabajo.

##### ***A) Separación del administrador***

La posibilidad de proceder a revocar el cargo del administrador es una medida típica de control basada en la pérdida de confianza de este tipo de relaciones y, por lo tanto, no está destinada a funcionar sólo en casos de deslealtad.

<sup>37</sup> PAZ-ARES, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *InDret*, 2003 (disponible en [http://www.indret.com/pdf/162\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/162_es.pdf); última consulta 31/01/2023).

<sup>38</sup> PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, cit., pp. 59-62.

Así lo estipula el artículo 223 LSC, según el cual la junta general puede acordar en cualquier momento la separación de los administradores sin tener que justificar el acuerdo, sino simplemente porque se haya perdido la confianza.

También cabe destacar el supuesto especial para las Sociedades Anónimas previsto en el artículo 224.2 LSC, que establece: “los administradores y personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a la sociedad cesarán en su cargo a solicitud de cualquier socio por acuerdo de la junta general”<sup>39</sup>.

### *B) Las acciones de responsabilidad*

Los administradores son responsables frente a la sociedad, los socios y los acreedores sociales por los daños y perjuicios causados por acciones u omisiones dolosas o negligentes contrarias a sus deberes en el ejercicio de sus funciones (artículo 236 LSC). En este sentido, el derecho de sociedades reconoce dos tipos de acciones de responsabilidad: por un lado, la acción social de responsabilidad; y, por otro, la acción individual de responsabilidad.

En cuanto a la primera, la acción social de responsabilidad (artículo 238 LSC) tiene como característica que: (i) es una acción de la sociedad en la medida en que pretende indemnizar a la entidad por el daño causado por el incumplimiento del administrador; ii) los infractores deben ser los administradores individualmente por responsabilidad personal, no del órgano, y iii) la acción la puede entablar no sólo la junta general, sino con carácter subsidiario también accionistas que representen al menos el cinco por ciento del capital social y por los acreedores de la sociedad, cuando concurren determinadas circunstancias<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> RIBAS FERRER, V., *El deber de lealtad del administrador de sociedades*, Madrid, La Ley, 2010, pp. 634-642.

<sup>40</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., *Los administradores en las sociedades de capital*, Madrid, Thomson Civitas, 2007, pp. 367-369.

Por otra parte, el artículo 241 LSC regula la acción individual de responsabilidad, lo que obliga a los administradores a indemnizar directamente a los socios y terceros por los daños y perjuicios causados por sus actuaciones, siendo sólo exigible en el supuesto de actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de las personas anteriormente citadas. En otras palabras, la principal diferencia entre una acción social y una acción individual de responsabilidad contra los administradores se sustenta en el patrimonio que ha sufrido el daño<sup>41</sup>. Si nos encontramos ante patrimonio social, aplicará la acción social ya que su objetivo es restaurar el patrimonio social dañado. Sin embargo, si estamos ante un patrimonio individual de un socio o de un tercero, deberá accionarse la acción de responsabilidad individual ya que su objetivo es indemnizar directamente el daño causado al tercero.

Por otro lado, debe resaltarse que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante TS) exige reiteradamente que, además de la actuación ilícita, deban concurrir otras dos condiciones para que se dé la responsabilidad: (i) el daño y (ii) relación de causalidad entre los dos presupuestos anteriores<sup>42</sup>.

### *C) Efectos penales*

La violación del deber de secreto también puede dar lugar a posibles sanciones penales derivadas del supuesto de revelación ilícita de información empresarial secreta contenida en la legislación penal vigente.

Los dos primeros tipos generales son:

---

<sup>41</sup> BELÉN CAMPUZANO, A, “La acción social en el sistema de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital”. EMPARANZA SOBEJANO, A. (dir.), *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 288.

<sup>42</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., “*Los administradores en...*”, cit., pp. 365-428.

(i) el artículo 199.1 CP, que sanciona a quien por razón de su trabajo o empleo conozca secretos ajenos y los revele a terceros, y ii) el artículo 199.2 CP, que sanciona al profesional que, violando su deber de confidencialidad, revele secretos ajenos. En este sentido, el artículo 200 CP significa que lo dispuesto en el capítulo también se aplica a quienes descubrieren, revelaren o cedieren información reservada de una persona jurídica sin el consentimiento de sus representantes, salvo lo dispuesto en otras disposiciones del CP.

En particular, el artículo 278 CP sanciona a quien, con el fin de averiguar un secreto empresarial, se apodere de cualquier forma de información relacionada, documentos escritos o electrónicos, ordenadores u otros objetos relacionados o cualquier medio utilizado en el artículo 197 inciso 1 CP, según el cual la pena se incrementa si los secretos revelados se difundieren, revelaren o cedieren a un tercero. El artículo 280 CP sanciona a quien, sin participar en su descubrimiento, pero conociendo el origen ilícito del secreto, comete alguna de las acciones previstas en los artículos 278 y 279 CP.

Finalmente, por su relevancia para el estudio, conviene resaltar el artículo 279 CP que sanciona a quienes, teniendo la obligación legal o contractual de guardar secreto, lo difundan, revelen o cedan, con penas rebajadas a su mitad inferior si el secreto que se quiere revelar es utilizado para su propio beneficio propio

En conexión con las actuaciones analizadas en este trabajo, cabe mencionar el artículo 285 CP, que cataloga de delito la utilización de información para cotizar de forma directa o no, si el que ha tenido acceso lo ha hecho con ocasión de su cargo, así como el suministrar la misma para obtener un beneficio económico superior a 600.000 euros o causar un perjuicio de cuantía análoga.

### *D) La reparación del daño desde la perspectiva civil*

El objeto del recurso civil no es tanto castigar al infractor, sino reparar el daño que pueda causar la divulgación no autorizada de información confidencial a su propietario. El artículo 227 LSC, apartado 2, establece: “la infracción del deber de lealtad determinará no sólo la obligación de indemnizar el daño causado al patrimonio social, sino también la de devolver a la sociedad el enriquecimiento injusto obtenido por el administrador”.

Además de la referencia en la regulación a la obligación de indemnizar, que ya resulta de la aplicación del régimen de responsabilidad según el artículo 236 y siguientes LSC, destaca la obligación de devolución del enriquecimiento injusto y su compatibilidad con la indemnización. De esta forma, el beneficio obtenido por la infracción se calcula para la propia sociedad, que puede reclamar con independencia de que la infracción haya causado perjuicio a la entidad o no.

Este precepto se completa con lo dispuesto en el artículo 232 LSC, que añade que el ejercicio de la acción de responsabilidad “no obsta al ejercicio de las acciones de impugnación, cesación, remoción de efectos y, en su caso, anulación de los actos y contratos celebrados por los administradores con violación de su deber de lealtad”.

Con la excepción que implica el deber de restituir el enriquecimiento injusto, lo dispuesto en los artículos 227.2 y 232 LSC no tienen como objetivo tanto el consagrar medidas de protección especiales ante el incumplimiento del deber de lealtad por parte de los administradores de sociedades, sino el reconocer y poner de manifiesto la relevancia e interés que tienen en estas situaciones las medidas (de carácter general) a las que se refieren. A ello debe adicionarse el resaltar que esas medidas no son incompatibles con el ejercicio de la acción de responsabilidad de los artículos 236 y siguientes LSC, que es la cuestión nuclear del artículo 232 y en parte y de forma implícita del art. 227.2 LSC<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> MASSAGUER FUENTES, J, “La responsabilidad contractual de los administradores de sociedades de capital por incumplimiento del deber de lealtad”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 313, 2019, p.6.

La actuación generadora de responsabilidad del administrador podrá proceder de la contravención de una norma legal o de los estatutos de la sociedad y, en ambos casos, se presumirá la existencia de dolo o culpa a los efectos de imputar la responsabilidad por el daño causado, si bien nada se dice en cuanto a la operativa de esta presunción cuando se hayan infringido deberes inherentes al ejercicio del cargo. Tal y como señala la doctrina autorizada<sup>44</sup>, la cuestión examinada no está exenta de sencillez si se toma en consideración la procedencia –legal o estatutaria– de los deberes inherentes al cargo de administrador social.

De una primera lectura del artículo 236.1 LSC se puede deducir, por tanto, que existe otro tratamiento de indiscutible peso procesal respecto al reparto de la carga de la prueba: si nos encontramos ante una conducta del administrador que contraviene la ley o a los estatutos, la culpa se presume, salvo prueba en contrario; por contra, si la conducta contraviene deberes inherentes al cargo de administrador social podría entenderse que no se aplica esta inversión de las reglas de la carga de la prueba y, por lo tanto, corresponde al demandante acreditar que este incumplimiento fue cometido de forma dolosa o culposamente por parte del administrador<sup>45</sup>.

Un sector doctrinal ha resaltado que el matiz diferenciador pudiera situarse en la circunstancia de que las obligaciones impuestas por la Ley y por los estatutos pueden ser consideradas como obligaciones de resultado, mientras que las derivadas de la cláusula general de diligencia pueden entenderse como obligaciones de medios: en las primeras será suficiente para acreditar la ilicitud de la conducta el probar el incumplimiento del deber legal o estatutario, a diferencia de en las segundas en las que la conducta ilícita la integraría la mera inobservancia del deber de diligencia que atañe al administrador social en el desarrollo de su cargo<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> MASSAGUER FUENTES, J, “La responsabilidad contractual de los administradores de sociedades de capital por incumplimiento del deber de lealtad”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 313, 2019, p.7.

<sup>45</sup> FACHAL NOGUER, N, “El régimen de responsabilidad del órgano de administración plural: en particular, el Consejo de Administración con funciones delegadas”, *Revista de Derecho Mercantil, El Derecho*, junio 2018, p.1.

<sup>46</sup> FACHAL NOGUER, N, “La devolución del «enriquecimiento injusto» como mecanismo para combatir la deslealtad del administrador”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2020, p.4.

Los remedios comunes contra las prácticas indebidas incluyen: (i) acciones de impugnación para anular acuerdos de una junta o, según sea el caso, del consejo que vayan en contrato de los antedichos deberes; ii) acciones de nulidad que pretendan rescindir determinados compromisos o contratos celebrados con incumplimiento de la lealtad y el deber, y (iii) acciones de cesación o remoción<sup>47</sup>.

### *E) La violación de secretos*

No obstante todo lo anterior, el incumplimiento del deber de secreto puede ser considerado como un acto de competencia desleal dentro de la tipología de violación de secretos.

Si bien hasta ahora la violación de secretos empresariales estaba regulada por el artículo 13 LCD, con la entrada en vigor de la nueva Ley de Secretos Empresariales<sup>48</sup>, este artículo fue reformado de la siguiente forma: “se considera desleal la violación de secretos empresariales, que se regirá por lo dispuesto en la legislación de secretos empresariales”, por lo que dicha conducta se considera desleal, pero se rige por esta nueva redacción.

Además de aclarar la definición de secreto empresarial el artículo 1 de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales (en adelante LSE), reconoce expresamente las siguientes acciones en su artículo 3: (i) la obtención del secreto; (ii) su utilización o revelación, y (iii) la producción y explotación comercial de mercancías infractoras o “productos y servicios cuyo diseño, características, funcionamiento, proceso de producción, o comercialización se benefician de manera significativa de secretos empresariales obtenidos, utilizados o revelados de forma ilícita”.

---

<sup>47</sup> PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, cit., p. 64.

<sup>48</sup> Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales. BOE, núm. 45, de 21 de febrero de 2019, pp. 16713-16727.

Por otro lado, la citada norma contempla las acciones que se señalan a continuación en defensa de los secretos empresariales (artículo 9 LSE): (i) declaración de la violación; (ii) cesación o prohibición de los actos de violación de secreto empresarial; (iii) remoción; (iv) indemnización de daños y perjuicios; (v) publicación o difusión de la sentencia, así como otras específicas en relación a las mercancías infractoras (incluyéndose los actos de explotación de estas mercancías entre los que constituyen violación de secreto empresarial)<sup>49</sup>.

A los efectos de la divulgación o difusión de las sentencias, los jueces y tribunales también considerarán si la información relativa a un infractor identifica a una persona física y, en caso afirmativo, si dicha divulgación es razonable, en particular, el posible daño que esta medida podría causar a la privacidad y reputación del delincuente condenado. Cuando la sentencia limite el plazo de cesación y la prohibición que imponga, dicho plazo deberá ser suficiente para eliminar cualquier ventaja competitiva o económica que el infractor pudiera haber obtenido por la vulneración de un secreto empresarial<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales. BOE, núm. 45, de 21 de febrero de 2019, pp. 16713-16727.

<sup>50</sup> Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales. BOE, núm. 45, de 21 de febrero de 2019, pp. 16713-16727.

## **El deber de secreto del consejero dominical desde la perspectiva doctrinal y jurisprudencial**

### ***1. El consejero dominical: noción***

Lo anteriormente expuesto en relación con el deber de secreto es el marco de referencia general para la temática que nos ocupa en adelante en el presente trabajo, el alcance del deber de secreto de los consejeros dominicales desde el punto de vista jurisprudencial y doctrinal.

Abordar esta temática requiere una primera aproximación al cargo del consejero dominical. El término consejero dominical ha estado desde sus inicios asociado a la sociedad cotizada. Actualmente, ya se encuentra extendido a todas las sociedades y en el artículo 529 duodecimos inciso 2 LSC se distingue al abordar la categoría de consejeros no ejecutivos entre: dominicales, independientes u otros externos<sup>51</sup>.

Es útil hacer referencia a la definición de consejeros independientes, que, según el apartado 4 de dicho artículo, son los consejeros que, habiendo sido designados en atención a sus condiciones personales y profesionales, pueden desempeñar sus funciones sin verse condicionados por sus relaciones con la sociedad, sus accionistas significativos o sus directivos, y que no presentan ninguna de las incompatibilidades mencionadas en el mismo artículo.

Ahondando entre los textos en materia de gobierno corporativo, casi con total seguridad sea el Informe Olivencia, recordemos que se trata del primer código de buen gobierno que se redactó en España, publicado en febrero de 1998, por acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de febrero de 1997, el que de una forma más certera y precisa se aproxime a la figura del consejero independiente en el marco del modelo español.

---

<sup>51</sup> PAZ-ARES, C., “Identidad y diferencia del consejero dominical” en Juste Mencía, J. y Espín Gutiérrez, C. (coords.), *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital: liber abicorum*, Fernando Rodríguez Artigas, Guadencio Esteban Velasco, tomo II, Navarra, Aranzadi, 2017, p. 41.

En este sentido, manifiesta que su «misión primordial consiste en hacer valer en el consejo los intereses del capital flotante» y, si bien a la hora de abordar esta tipología de consejeros los señala como los que no poseen conexiones con el equipo gestor o con las fuerzas accionariales relevantes y de control, concluye que dicha situación no conlleva que el antedicho consejero independiente sea ajeno al capital social. Asimismo, aborda un dato muy importante y es que, sin perjuicio de la denominación utilizada, la independencia es únicamente uno de los rasgos o elementos que definen a este consejero. Este matiz debe ser relacionado con la continua disminución de la independencia como criterio nuclear sobre el que debe girar la elección de los consejeros externos, quedando desplazado en importancia a uno más de los elementos a tener en consideración, a favor de la veteranía y conocimientos del potencial elegido. Se resaltaba de esta forma que el consejero independiente debía tener la capacidad de trasladar al órgano, intereses que carecían hasta la fecha de representación en el consejo, colaborando a una mejor configuración del interés social en el núcleo del mismo<sup>52</sup>.

Por el contrario, no tienen la consideración de consejeros independientes a los que se refiere el artículo 529 duodécimo inciso 3 LSC, quienes serán consejeros dominicales.

A su vez, el antedicho artículo desglosa los distintos supuestos en los que nos encontraremos ante consejeros dominicales.

En primer lugar, aquellos que ostenten una cuota en el capital social igual o superior a la que tenga la consideración de legalmente relevante. El problema con esta apreciación es la referencia del legislador a una definición legal indeterminada de lo que constituye una participación significativa o relevante.

---

<sup>52</sup> DEL VAL TALENS, P, “Los consejeros independientes ante el activismo accionarial.”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 136, 2014, p.6.

Esta referencia parece referirse al artículo 23 del Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, según el cual tienen la consideración de participaciones significativas las que alcancen, superen o se reduzcan por debajo de “los umbrales del 3 %, 5 %, 10 %, 15 %, 20 %, 25 %, 30 %, 35 %, 40 %, 45 %, 50 %, 60 %, 70 %, 75 %, 80 % y 90 %”.

Posteriormente, en el artículo 32 de la citada norma se indica que se sustituyen los porcentajes señalados en el artículo 23 por un porcentaje del 1 por ciento. y sus sucesivos múltiplos si los ciudadanos residen en un paraíso fiscal o en un país o territorio sin tributación ni intercambio efectivo de información tributaria conforme a la legislación aplicable. Es decir, aquellos que poseen o superan el 3% (o el 1% en su caso) se clasifican como consejeros dominicales (en lugar de independientes).

En segundo lugar, los consejeros que hubieran sido designados por su condición de accionistas, aunque su participación accionarial no alcance dicha cuantía. La redacción de la disposición se podría considerar que no tiene sentido, ya que de forma casi generalizada la práctica totalidad de los consejeros son accionistas de la empresa, condición que no se ha tenido en cuenta en las propuestas de designación. Esto también puede dar lugar a que los consejeros que estén relacionados con accionistas que tengan una participación mínima o circunstancial en la sociedad no sean considerados independientes, ya que se tiene en cuenta la naturaleza del accionista.

En tercer lugar, los consejeros que representen a accionistas de los anteriormente señalados. En este caso, la problemática proviene de la falta de concreción del concepto de representación. Los casos de representación generalmente son los del administrador persona jurídica representado por una persona física (artículo 236.5 LSC) y la representación proporcional (artículo 243 LSC). El sistema de representación proporcional está diseñado como un mecanismo de protección de las minorías y otorga a los accionistas minoritarios el derecho a tener representantes en el consejo sin la aprobación de la junta, lo que, como vemos, puede generar un conflicto de interés entre el accionista y la entidad mercantil. Es este el punto en el que realizaremos el énfasis para

abordar el problema relativo al deber de secreto de dicha tipología de consejeros que trasladan información considerada como confidencial con el socio al que representan.

La tipología de los consejeros representa, como las normas legales sobre conflictos de interés, uno de los principales campos de batalla en los que se dirime en este momento la lucha entre regulación y libertad en el Derecho de sociedades<sup>53</sup>.

La ley de sociedades española no distingue entre sus propios consejeros, por estar asociados a un accionista de control o de referencia, y los que son sus propios consejeros por estar asociados a un accionista minoritario significativo. El resultado de todo ello es el concepto doctrinal de consejero microdominical siempre y cuando, posean o representen a un accionista minoritario (menos del 10% de participación) y cumpla con otros requisitos de independencia (por ejemplo, menos de 12 años de antigüedad o ningún conflicto de intereses). Y es que no cabe duda que la existencia de consejeros dominicales minoritarios en los consejos comporta un escenario de gran interés en nuestro Derecho motivado por todas las particularidades que rodea a la citada figura, tal y como así se está analizando en el presente trabajo<sup>54</sup>.

## ***2. El consejero dominical y el deber de secreto: una difícil relación***

Actualmente la mayor parte de la doctrina defiende que los consejeros dominicales están obligados a cumplir con el deber de secreto de la misma forma que la restante tipología de administradores<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> MATEU DE ROS CEREZO, R., “Los consejeros no ejecutivos en la ley de sociedades de capital: consejeros independientes y consejeros dominicales”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 47, 2016, p. 3.

<sup>54</sup> SÁEZ LACAVE, M. “Consejeros dominicales minoritarios y buen gobierno corporativo”, *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2022, p. 1 (disponible en [https://indret.com/wp-content/uploads/2022/01/InDret\\_1.2022\\_Saez\\_Final.pdf](https://indret.com/wp-content/uploads/2022/01/InDret_1.2022_Saez_Final.pdf), última consulta 01/02/2023).

<sup>55</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., “El deber...”, cit., pp. 257-261 y SÁNCHEZ CALERO, F., “Supuestos en los que no opera el deber de secreto”, en *Los administradores en las sociedades de capital*, Madrid, Thomson Civitas, 2007, pp. 216-219.

Dado que los consejeros propuestos por la minoría de accionistas de conformidad con el artículo 243 LSC no son meros representantes de los proponentes, sino que forman parte de la administración en la misma condición que los demás consejeros, el deber de secreto debe recaer también sobre los mismos.

De lo contrario, carecería de todo sentido que los administradores designados por los minoritarios pudieran informar a estos de cuestiones confidenciales relativas al avance de la gestión de la empresa, mientras que los accionistas mayoritarios no cuentan con dicha información<sup>56</sup>.

Sin embargo, lo que parece ser una prueba no casa bien con la composición de este sistema de gestión, dada la relación de confianza que existe entre el consejero dominical y el socio proponente. Uno de los interrogantes, por tanto, es si, para los consejeros dominicales, la obligación de confidencialidad también recae en el socio que los propuso, o si se puede utilizar o no la lógica aplicable a las personas físicas que actúan por cuenta del administrador que lo exceptúa. La respuesta en este sentido parece obvia, ya que en el caso de los consejeros dominicales no existe una relación jurídica análoga a la relación jurídica surgida en el caso anterior, debido a que los accionistas que proponen a la junta designar a los administradores, carecen de dicha condición de administradores, a diferencia de los administradores personas jurídicas<sup>57</sup>.

En contraposición a lo dispuesto en el antiguo artículo 232 LSC, el actual artículo 228, letra b) LSC no constituye una excepción a la obligación de informar por parte del representante persona física en relación a su persona jurídica representada. Se entiende que el acceso a la información confidencial ahora está protegido por la LSC en tanto que los administradores personas jurídicas ostentan el deber y el derecho de contar con la información sobre la marcha de la entidad (artículo 225.3 LSC).

---

<sup>56</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., “El deber...”, cit., pp. 257-261 y SÁNCHEZ CALERO, F., “Supuestos en los que no opera el deber de secreto”, en *Los administradores en las sociedades de capital*, Madrid, Thomson Civitas, 2007, pp. 216-219.

<sup>57</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., “El deber...”, cit., p. 260

Es por ello que la persona física debe informar a la persona jurídica representada. Esto se debe a que la persona jurídica tiene un derecho de información, así como un deber de secreto respecto a la misma<sup>58</sup>. No obstante, la transmisión de dicha información es una cuestión inherente al poder de representación y por lo tanto debe limitarse al ámbito del órgano de administración y no a todos los socios<sup>59</sup>.

Si bien es cierto que, a diferencia de los socios proponentes, los administradores como personas jurídicas están obligados expresamente por un deber de secreto y la sociedad debe reaccionar ante su incumplimiento, cuyo interés es mantener la información en secreto y restringida al menor número de personas posible, parece cuestionable si está justificado el trato diferente del administrador persona jurídica y el socio que lo propone<sup>60</sup>.

También es necesario considerar si el deber de secreto de estos administradores es compatible con la relación especial particular que une al consejero dominical con su socio proponente.

No hay duda de que existe una relación de confianza especial entre ambos que puede conllevar que la reserva de un administrador pueda desencadenar en que el accionista proponente decida no volver a elegirlo. Esto conlleva que se genere una relación entre ambos de dependencia en la que se considere por el accionista que se le debe una lealtad por parte del administrador incumplida por la no información.

Sin embargo, la pregunta debe centrarse en si la relación de confianza entre estos dos sujetos tiene prevalencia o no respecto a la que tiene el administrador con la sociedad.

---

<sup>58</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, E., “El deber...”, cit., p. 996.

<sup>59</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, E., “El deber...”, cit., p. 999.

<sup>60</sup> ARANBURU URIBARRI, E., “Alcance del...”, cit., pp. 4-5.

La respuesta es que debe primar la lealtad del administrador con la sociedad, pero en la práctica esto no impide que el accionista ejerza poder y presión directa sobre su representante distorsionando esta situación, y provocando que el administrador le informe sobre los acontecimientos de la empresa<sup>61</sup>.

Sin embargo, se considera que estos administradores también deben guardar secreto debido a que: (i) no existen excepciones en la normativa que lo permita y (ii) sería un sin sentido que los accionistas minoritarios conocieran información confidencial que los restantes accionistas no tuviesen<sup>62</sup>.

A continuación, surge la cuestión de si el propio administrador es independiente de las instrucciones del proponente a su cargo y, por tanto, de la necesidad de compartir información con el accionista correspondiente para recibir instrucciones. En este sentido, un administrador no puede convertirse en un representante partidista que toma decisiones de acuerdo con las instrucciones individualistas del accionista que lo designó, a menos que todos los accionistas estén de acuerdo. El deber de independencia es, por tanto, también incuestionable para este gestor. El mismo está obligado a actuar con independencia según el artículo 228 LSC, según el cual el administrador debe desempeñar sus funciones “bajo el principio de responsabilidad personal con libertad de criterio o juicio e independencia respecto de instrucciones y vinculaciones de terceros”. Este artículo confirma que los administradores no tienen un mandato único, en este caso del socio que lo nominó o votó a favor de su nombramiento, que le obligue a seguir las instrucciones del socio que lo nombró con el fin de proteger sus intereses individuales.

Por el contrario, los administradores tienen un mandato colectivo de todos los socios y, por lo tanto, tienen el deber de actuar en el mejor interés de la sociedad.

---

<sup>61</sup> SÁNCHEZ CALERO, F., “El deber...”, cit., pp. 260-261 y SÁNCHEZ CALERO, F., “Supuestos en...”, cit., pp. 216-220.

<sup>62</sup> FARRANDO MIGUEL, I., *El deber...*, cit., pp. 99-100.

Si un gerente antepone los intereses individuales de un socio a los intereses de la sociedad, este comportamiento crea externalidades para los demás, porque las consecuencias de las acciones del administrador son indivisibles, ya que repercuten en toda la sociedad lo que afectaría a la totalidad de los accionistas sin que los mismos hubieran aceptado esa forma de administrar<sup>63</sup>.

No obstante lo anterior, cabe señalar que la doctrina más actual está más próxima a adoptar una posición más flexible sobre el alcance del deber de secreto de los consejeros dominicales, como se analiza a continuación<sup>64</sup>.

De acuerdo con el último inciso analizado, se puede decir que, junto al mandato legal general de la sociedad, existe un mandato natural, que crea un adecuado equilibrio<sup>65</sup>. Desde este punto de vista, el mandato otorgado al administrador por el socio que hizo la propuesta debe constituirse en un mandato de favor -el llamado mandato natural- donde "no se reconocen relaciones jerárquicas, sino sólo relaciones dialógicas o comunicativas conllevando ello que los consejeros no estén obligados a seguir las instrucciones del accionista, aunque tengan derecho a hacerlo, siempre que no choque con el interés de la sociedad"<sup>66</sup>. Esto significa que el consejero dominical y el accionista proponente pueden establecer una relación de intercambio de información, en cuyo caso el accionista puede hacer sugerencias y comunicar instrucciones sobre cómo debe actuar el administrador de acuerdo con su visión y de acuerdo con sus intereses, pero sin llegar a dotar a las mismas de un carácter de obligatorias o imperativas.

Asimismo, el deber general de confidencialidad no es absoluto y las circunstancias pueden justificar excepciones, como la posibilidad de que los consejeros dominicales transmitan esta información a los accionistas de mayor importancia y especialmente a la sociedad matriz, por ser funcional en nuestro sistema de gobierno corporativo<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> PAZ-ARES, C., “Identidad y...”, cit., pp. 50-51.

<sup>64</sup> PAZ-ARES, C., “Identidad y ...”, cit., pp. 50-51

<sup>65</sup> PAZ-ARES, C., “Identidad y ...”, cit., pp. 50-51.

<sup>66</sup> PAZ-ARES, C., “Identidad y ...”, cit., pp. 82-83.

<sup>67</sup> PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, cit., p. 51.

En este sentido, la funcionalidad supone que la comunicación mutua “conversación privada” se desarrolle para “liberalizar la coordinación y comunicación interna entre accionista significativo y consejero dominical” con el fin de permitir que el primero traslade al segundo indicaciones o recomendaciones para el ejercicio de su cargo y que el segundo traslade al primero informaciones reservadas sobre la compañía para el seguimiento de sus inversiones<sup>68</sup>.

Igualmente se considera una verdadera contradicción permitir la figura del consejero dominical y al mismo tiempo negar la interacción con el socio proponente. A mayor abundamiento, es imposible cumplir con las tareas inherentes a la figura del administrador si no se permite un flujo de comunicación libre, ignorando además las externalidades positivas que podrían aportar a los accionistas<sup>69</sup>.

También vale la pena considerar la opción de justificar el intercambio de información entre el miembro proponente y su consejero dominical, excluyendo la obligación de confidencialidad sobre la base de la "utilidad operativa" en el caso de una gestión fiel y diligente de la entidad lo cual, aunque no está regulado en la norma, es una doctrina ampliamente aceptada, como ya hemos visto. En este sentido, se trata de encuadrar la divulgación de información confidencial como parte de las actividades "normales" de su cargo como administrador<sup>70</sup>.

Por otro lado, según la valoración que hace el TS, la transmisión de información por parte del consejero dominical sería generalmente aceptable si el deber de confidencialidad “no constituyera una regla rígida que exija idéntica e indiscriminada reserva frente a todos, de tal forma que admite ser modulado en función de sus destinatarios”<sup>71</sup>. Además, también se puede llegar a tal conclusión si se comprueba que la sociedad lo ha aceptado expresa o tácitamente.

---

<sup>68</sup> PAZ-ARES, C., “Identidad y ...”, cit., pp. 74-76.

<sup>69</sup> PAZ-ARES, C., “Identidad y ...”, cit., pp. 137-139.

<sup>70</sup> PAZ-ARES, C., “Identidad y ...”, cit., pp. 137-139.

<sup>71</sup> STS de 4 de octubre de 2011 (núm. 662) [RJ 2012\759].

Si no se ha prestado el consentimiento expreso, el consentimiento tácito puede derivarse de la relación del consejero con el accionista y de las circunstancias que justifican su nombramiento, así como de la composición del propio consejo, por ejemplo si los consejeros son designados por un acuerdo de socios o un acuerdo de empresa conjunta donde las partes tienen la intención específica de que estos directores compartan información en interés de la empresa o tengan la consideración formal de representantes de los accionistas o sean designados en un sistema de representación proporcional<sup>72</sup>.

Adicionalmente, la jurisprudencia ha entendido justificado transferir información confidencial del consejero dominical al accionista designado por él, si surgen conflictos internos y la información es importante para la adecuada protección de los intereses legítimos del accionista y los intereses de la sociedad<sup>73</sup>.

A ello habría que sumar las siguientes razones por las que se justifica el intercambio de información entre el consejero dominical y el socio, como son el hecho de que cuando el administrador reciba sugerencias o instrucciones del socio, debe poder compartir con él información que le permita tener un juicio propio sobre la situación de la sociedad.

Asimismo, debe tenerse en consideración que el deber de confidencialidad y lealtad hacia la sociedad también lo ostenta el accionista relevante. Igualmente, no debe ignorarse el hecho de que, si un accionista tiene un conflicto de interés, se extiende a su propio consejero dominical<sup>74</sup>.

Por último, cabe recordar que el socio siempre puede designarse a sí mismo o a una filial o sociedad dependiente que sea una persona jurídica como administrador, decayendo la posibilidad de impedir la comunicación.

---

<sup>72</sup> ARANBURU URIBARRI, E., “Alcance del...”, cit., pp. 7-8.

<sup>73</sup> STS de 4 de octubre de 2011 (núm. 662) [RJ 2012\759].

<sup>74</sup> ARANBURU URIBARRI, E., “Alcance del...”, obra citada., p. 8.

Todo ello sin perjuicio de que el accionista deba asumir la responsabilidad que corresponda si hace un uso indebido de esta información.

Evidentemente, no será posible que el consejero dominical comparta la información confidencial cuando exista una cierta probabilidad de que el accionista pueda explotarla o utilizarla con fines perjudiciales para la entidad<sup>75</sup>. En última instancia, la lealtad del consejero dominical y la prioridad de los intereses sociales son los que determinan la legalidad de las acciones del consejero<sup>76</sup>.

La jurisprudencia reciente también tiende a interpretar con menor rigidez el deber de secreto. Sin embargo, el TS no es ajeno al riesgo de fuga de información a través del consejero dominical, en mayor medida cuando el socio proponente tiene competencia con la empresa gestionada. Abordaremos este asunto a través de tres sentencias relevantes sobre la materia.

#### *A) El caso Fred Olsen*

Esta sentencia, ya citada con anterioridad, es de especial relevancia en esta materia<sup>77</sup>. La misma se sustenta en una acción social de responsabilidad por incumplimiento del deber de secreto y lealtad por parte de dos integrantes de un consejo de administración, los cuales transmitieron información a otra entidad, de la cual eran socio único y director general, respectivamente, siendo el carácter de dicha información confidencial.

---

<sup>75</sup> PAZ-ARES, C., “Identidad y...”, cit., p. 145.

<sup>76</sup> ARANBURU URIBARRI, E., “Alcance del...”, cit., p. 8.

<sup>77</sup> STS de 4 de octubre de 2011 (núm. 662) [RJ 2012\759] y SAP de Santa Cruz de Tenerife Sección 4ª de 28 de marzo de 2007 (núm. 118) [AC\2007\894].

FRED OLSEN, S.A., entidad administrada por los demandados, se enfrenta a los mismos por los daños derivados de información utilizada por su competidora en el entendido que han remitido a PETTER OLSEN A.S. información y documentos confidenciales de FRED OLSEN, S.A., quienes participan en PETTER OLSEN AS como único accionista y director general, porque tenían acceso a ella a través de su cargo de consejeros de la empresa administrada.

La controversia de la que trae causa la sentencia se dio en el seno de la entidad FRED OLSEN S.A., la cual estaba en manos de dos hermanos y sus grupos familiares así: (i) el señor Conrado poseía el 10% del capital social (GRUPO FRED); (ii) D. Emilio con la intermediación de PETTER OLSEN A.S. (hoy FIRMAMENT A.S.) poseía otro 10% del capital social (GRUPO PETTER) y finalmente (iii) el 80% restante pertenecía a la sociedad controlada por el TRUST, a la que los hermanos antes mencionados transfirieron sus acciones, siendo ambos grupos beneficiarios por igual.

Este consejo en el año 2001 sometió a aprobación un acuerdo de fletamento de la embarcación "BONANZA EXPRESS" a una de las empresas controladas por D. Conrado (FRED OLSEN EXPRESS LTD) en violación del acuerdo del TRUST firmado por las dos familias en virtud del cual se había fijado el compromiso de adoptar decisiones neutrales en pro de los intereses de ambos grupos. Este acuerdo prosperó en una reunión del consejo en la que no se encontraban presentes D. Conrado y su hijo y en el que votó en contra D. Emilio y D. Julián.

En el mismo ejercicio, PETTER OLSEN A.S. interpuso demanda en Noruega exigiendo medidas cautelares para evitar la entrega del buque a FRED OLSEN EXPRESS LTD. Si bien se dictó resolución desestimatoria, no consta que los actos de los demandados ni la petición de PETTER OLSEN A.S. hubiesen desencadenado en un retraso en la entrega de la embarcación y no causó daños ni pérdidas materiales.

En consecuencia, FRED OLSEN S.A. acordó en junio de 2004 el ejercicio de una acción

social de responsabilidad contra D. Emilio y D. Julián, en virtud del cual se presentó la demanda original del presente procedimiento judicial.

En primera instancia se determinó que “no hubo incumplimiento del deber de secreto por parte de los demandados”, desestimando la pretensión. En última instancia el TS sentenció que no pudo apreciar violación del deber de secreto.

Es aplicable al presente caso el artículo 127 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto 1564/1989, de 22 de diciembre, tal y como se encontraba en vigor en el momento de los hechos controvertidos.

Sin embargo, el Tribunal resalta lo dispuesto en el antiguo artículo 232 inciso 1 LSC tras cuyo estudio manifiesta que la existencia del deber de confidencialidad depende de la existencia de condicionantes tales como, el carácter confidencial de la información independientemente de su naturaleza, que el conocimiento de la información se haya adquirido “como resultado de la realización de tareas” y que la comunicación sea apta para provocar resultados perjudiciales para el interés social.

En adición a lo anteriormente expuesto, el TS suma la presencia de los siguientes requisitos:(i) terceros como destinatarios de la información y (ii) la no justificación a recibir la citada información. En base a este aspecto, no se puede decir que en los hechos enjuiciados se produjera la comunicación a tercero en la medida en que no puede argumentarse que fueron los codemandados y no el órgano de administración quien divulgó la información, dado que tanto el accionista único como el director general de la entidad no perdieron esta condición mientras comparecían en la reunión del consejo de administración.

El TS señala que el deber de confidencialidad no es absoluto y, por tanto, no representa "una regla rígida que exija idéntica e indiscriminada reserva frente a todos, de tal forma que admite ser modulado en función de los destinatarios", haciendo hincapié en las

situaciones conocidas como de “tráfico peligroso” en las que se hace necesario dotar a los accionistas de "información puntual y suficientemente detallada “para un correcto control de la administración de la sociedad<sup>78</sup>.

Es por ello que debe entenderse que el TS considera lícito que los administradores informen a los accionistas más allá del ejercicio del derecho de información en determinados supuestos incluso fuera del escenario de una junta general, como por ejemplo en el caso de que así lo recoja un pacto parasocial como medida de control de la transparencia en la administración de la entidad.

Por otra parte, según el punto de vista de TS, el deber de confidencialidad debe fundarse en la lealtad a la sociedad, lo que puede exigir la revelación de información cuya ocultación pueda perjudicar los intereses de la sociedad.

En resumen, la presente sentencia analizada es de especial relevancia entre la jurisprudencia relativa a aclarar qué es el deber de secreto de los administradores en su día a día de gestión social. En particular, afirma que en el supuesto de hecho enjuiciado no se cumple el requisito de "comunicación a tercero" en tanto que los consejeros son a su vez accionista único y director general del socio propuesto, por lo que sentencia que no se ha producido infracción del deber de secreto.

### *B) Acciona vs. FCC*

En el presente supuesto, se plantea judicialmente la destitución de los tres consejeros designados por el sistema de representación proporcional, por existir conflicto de interés entre el socio proponente y la sociedad a administrar<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> STS de 4 de octubre de 2011 (núm. 662) [RJ 2012\759]

<sup>79</sup> SAP de Barcelona Sección 15ª de 14 de diciembre de 2005 (núm. 522) [AC 2007\12].

ACCIONA, poseedora del 15,055 por ciento del capital de FCC, presenta demanda contra esta de impugnación de acuerdos sociales, acordado en la junta general ordinaria de ACCIONA, en el que se decide cesar a tres consejeros que han sido designados por FCC a través del sistema de representación proporcional. La demanda solicita la nulidad de pleno derecho de los acuerdos objeto de impugnación por entender que vulnera el derecho de representación proporcional. La demandante basa su demanda en el hecho de que no es posible identificar una razón de peso para la destitución, que es esencialmente contraria a la implementación efectiva del ejercicio del derecho de representación proporcional, simplemente porque la propuesta es hecha por una empresa competidora.

Para analizar este supuesto de hecho debemos partir de lo dispuesto en el artículo 132.2 LSA, según el cual “los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora y las personas que bajo cualquier forma tengan intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la junta general”.

En primera instancia se confirmó la decisión de la junta general al entender que se daba una causa justificada de destitución, amparándose en el citado precepto. Tal y como señala la sentencia, dado que ACCIONA es directa competidora de FCC, es "lógico y más que presumible" que las personas objeto del pleito "sean como mínimo simpatizantes o afines" a ella, por lo que la conexión que les une a ACCIONA "contamina en mayor o menor medida la actuación de éstos en el cargo" aun cuando “tengan intenciones irreprochables“.

En apelación, se debate si la mera designación a través de este sistema puede ser usado por una sociedad competidora como justa causa de separación por entenderse que en los consejeros concurre “bajo cualquier forma, intereses opuestos a los de la sociedad”. Esto quiere decir que el núcleo de la discusión no radica tanto en dilucidar si la mayoría impidió a la minoría ejercer un derecho reconocido por la ley, como es el nombramiento por representación proporcional, sino determinar si en los designados se entiende que existe una causa de incompatibilidad que justifique la separación del cargo.

Es indiscutible el hecho de que ACCIONA y FCC son empresas competidoras frontalmente y con carácter notorio en el sector servicios y de la construcción, circunstancias que no niega la parte actora.

Es entendido de forma mayoritaria por la doctrina que el derecho de la junta general de separar sin necesidad de alegar motivación alguna a los administradores en base a lo previsto en el 223.1 de la LSC) se encuentra restringido por el derecho que ostentan las minorías a través del instituto de la representación proporcional. No obstante, ello no impedirá el cese de dichos consejeros por justa causa<sup>80</sup>. En el presente caso, la junta general acordó que los administradores designados tenían intereses contrarios a la entidad que debían administrar en tanto que el accionista propuesto era un competidor.

Incide el fallo judicial en que es indubitado que a diferencia de la posibilidad de separación ad nutum, el cese de los administradores nace como un mecanismo de protección del interés social. La garantía del derecho de representación proporcional se da por la posibilidad de impugnar el acuerdo de cese, del mismo modo que puede ser objeto de impugnación el acuerdo que se refiera a procurar la permanencia en el cargo, bien en base a la no observancia de una norma o del interés social.

En estos supuestos, el procedimiento judicial que nace de la acción de impugnación del acuerdo de separación operará como una revisión o control del acuerdo de la junta, durante la cual se comprueba si realmente existe un conflicto de intereses subyacente al acuerdo social y de existir el mismo determinándose su grado de actuación. El procedimiento adecuado para ello es un balance de intereses, en el que se determine si el interés puesto de manifiesto existe y, en su caso, si es más relevante que el derecho de la minoría a nombrar consejeros por el sistema de representación proporcional.

---

<sup>80</sup> SÁEZ LACAVE, M. I., “Nombramiento y cese de los consejeros minoritarios”, *Indret*, julio 2012, pp. 19-24 (disponible en <http://www.indret.com/pdf/917.es.pdf>; última consulta 01/02/2023).

Es de especial relevancia la afirmación que hace el tribunal respecto a que el verdadero significado del derecho de representación proporcional no está en la tutela conjunta, generalmente imposible en la práctica, sino sobre todo en la información y el control que puede obtenerse y ejercerse a través de un representante de la minoría en el consejo de administración. Si esto se da en el escenario de unos administradores designados por un socio proponente competidor, puede entenderse que “sirven de plataforma idónea, en abstracto, para perjudicar el interés social y crean las condiciones adecuadas para el desarrollo de prácticas desleales, falseando igualmente la libre competencia”.

La sentencia señala que, en este caso, la Junta General actuó correctamente conforme al artículo 132.2 de la LSA, dado que no es necesario para apreciar el conflicto como medida aparente, pues basta verificar la fuente de la designación, que se sitúa en sí mismo como supuesto de hecho de la norma. Esto es, el interés de la empresa prevalece así sobre el derecho de la minoría a ser parte del consejo de la sociedad competidora por la vía de la representación proporcional.

La sentencia analizada es de radical importancia a la hora de sentar doctrina jurisprudencial en esta materia, que se refiere a la aplicación de un mecanismo preventivo de cese de los consejeros designados por un sistema de representación proporcional por razón de una relación de competencia con el accionista que los nombra. En este trabajo, es particularmente importante tener en cuenta la estrecha relación entre el socio que hizo la propuesta y el consejero dominical, así como la evaluación de una violación de la confidencialidad, cuando el ponente señala la operativa del artículo 132.2 LSA a modo preventivo “sin necesidad de que el conflicto se materialice concretamente en el ejercicio del cargo, ni de que efectivamente se lleguen a infringir los deberes de lealtad y confidencialidad”.

En resumen, la razón por la que el ejercicio del derecho de representación proporcional queda sujeto a este límite material se encuentra en el denominado "vínculo funcional" entre el consejero dominical y el accionista que lo nombra.

Si un accionista está incurso en un conflicto de interés estructural, como la competencia, esto se extiende automáticamente al administrador designado<sup>81</sup>. En otras palabras, la posible sustitución del administrador por otro designado por el mismo socio no resuelve el grave problema de que haya un competidor en el consejo de la sociedad, pues basta con que exista una incompatibilidad con el socio propuesto.

### *C) ACS vs. Iberdrola*

La solicitud de destitución de un administrador designado bajo el sistema de representación proporcional por la existencia de conflicto de interés entre el accionista que lo nombró y la sociedad a administrar<sup>82</sup> constituye en este caso la causa planteada ante los Tribunales. La posibilidad manifiesta de que los consejeros designados pudieran dotar de información confidencial a los socios proponentes que a su vez eran competidores de la sociedad administrada derivó en los tribunales fallaron a favor del cese de los citados administradores.

En este caso, nos encontramos con RMC poseedora del 6,194% del capital social de IBERDROLA S.A. y cuyo capital se encuentra a su vez participado de forma total por ACS, que presenta ante los Tribunales demanda contra IBERDROLA de impugnación de acuerdos sociales acordados en la junta general ordinaria de accionistas de IBERDROLA, en la cual se decide cesar a los consejeros nombrados a través del sistema de representación proporcional por RMC. Se plantea la nulidad de pleno derecho de los acuerdos impugnados por vulnerar el derecho de representación proporcional reconocido en el artículo 137 en referencia a lo dispuesto en el artículo 132.2 de la no vigente LSA.

---

<sup>81</sup> ARANBURU URIBARRI, “Alcance del...”, cit., p. 7 y PAZ-ARES, C., “Identidad y...”, cit., pp. 118-135.

<sup>82</sup> STS de 11 de noviembre de 2014 (núm. 609) [RJ 2014\6459] y en segunda instancia SAP de Vizcaya Sección 4ª de 20 de enero de 2012 (núm. 22) [AC 2012\288]. En primera instancia, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao de 26 de enero de 2011 [JUR 2011\47776].

Un aspecto esencial del caso y a tener en especial consideración es la graduación de la particular intensidad del conflicto que debe analizarse a razón del interés social de la sociedad en la que se pretende la participación de la sociedad competidora en su administración. Para ello, es importante comprobar si las actividades de la empresa competidora con la administrada pueden poner en riesgo los intereses de la misma. En otras palabras, el cese del consejero no puede considerarse legítimo si el daño o riesgo para los intereses sociales es mínimo. En este caso, deberá respetarse el derecho de representación proporcional de la minoría, debiendo el administrador observar el deber de lealtad y, en particular, su deber de no participar en asuntos donde medie un conflicto de interés.

En el presente supuesto se concluye que los grupos AKV e Iberdrola compiten en diversos sectores de actividad y en otros tantos tienen riesgo de competencia. Una vez definidas las áreas de competencia, es cuando entra en juego evaluar la intensidad del conflicto. A este respecto, se aporta en la demanda informe según el cual la existencia de un representante de ACS en la administración de IBERDROLA ha creado un importante riesgo para los intereses competitivos de la empresa. El motivo es la posible fuga de información relacionada con la competencia entre empresas y el mal funcionamiento del órgano de administración.

También agrega que no se evitaría el riesgo en los casos en que el consejero elegido por un competidor tuviera un conflicto de intereses y optara por no participar, teniendo en cuenta que es muy complejo acotar los asuntos conflictivos y, por lo tanto, ello podría ocasionar que la información cayera en manos de uno de los competidores de IBERDROLA, además de que este mecanismo obstaculizaría constantemente el funcionamiento del consejo. A mayor abundamiento, no existiría evidencia de perjuicios para ACS, y los supuestos beneficios que esta sociedad podría recibir por su participación en el consejo no son suficientes para justificar el riesgo significativo de los intereses sociales de IBERDROLA. Por estos motivos, el cese del consejero aprobado por la mayoría de los accionistas de IBERDROLA corresponde a una valoración racional y motivada de los intereses enfrentados en el presente supuesto.

Se produce la desestimación íntegra de la demanda concluyendo el tribunal que la decisión de la junta general es conforme a derecho, ordenando por lo tanto el cese del consejero nombrado por ACS. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo desestimaron los recursos de apelación y de infracción procesal y extraordinario, apoyando el fallo de primera instancia.

Debe resaltarse el análisis llevado a cabo en primera instancia sobre la razón de ser del artículo 132.2 LSA:

(i) El derecho a cesar al administrador no infringe en modo alguno el derecho de representación proporcional del accionista, es perfectamente legal siempre que la junta general apruebe el cese para proteger los intereses de la sociedad. Prevalece el interés de la sociedad sobre el derecho de la minoría a introducirse en el consejo de administración de la sociedad competidora.

(ii). Dicho derecho debe entenderse como una medida preventiva, por lo que tanto la competencia actual como la futura deben evaluarse. En este sentido, la sentencia señala que “el perjuicio derivado de la presencia de un competidor en el consejo viene implícito en la propia prevención legal de una medida de salvaguarda del interés social (artículo 132.2 LSA)”.

En definitiva, las sentencias analizadas en el presente trabajo han ayudado a confeccionar una jurisprudencia férrea sobre el cese de administradores por la junta general de una sociedad competidora. Concretando el punto central del presente trabajo, se deja claro que el riesgo de que los consejeros dominicales compartan información con el socio proponente, a su vez competidor de la administrada, ha sido motivo para ordenar el cese de dichos consejeros designados a través del sistema de representación proporcional.

## **Actuaciones tendentes a superar la inseguridad jurídica del consejero dominical**

En este punto del trabajo en el que nos encontramos y una vez que hemos analizado la problemática que rodea a la materia, corresponde evaluar distintas formas de afrontar la inseguridad jurídica a la que se enfrentan estos administradores a la hora de compartir información con un socio proponente. En este sentido, sería deseable que el alcance del deber de secreto se regulase de forma expresa a través de vías alternativas que veremos a continuación en las cuales por ejemplo se contemplase: i) qué se entiende por información confidencial; ii) las personas a quienes se podrá comunicar la información confidencial relevante, haciendo especial hincapié en el supuesto de los consejeros dominicales; (iii) el plazo durante el cual se requiere la reserva, y (iv) las consecuencias de una violación de la confidencialidad.

### ***1. Reglamento del consejo de administración***

Suele ser habitual que el reglamento del consejo de administración regule el deber de confidencialidad, aunque de forma un tanto general con reglas básicas de actuación a través de la mera reproducción del artículo 228 b) LSC. Tratándose de un reglamento, sería deseable que las sociedades hicieran un mayor esfuerzo para dotarse de textos tan importantes como el antedicho que contasen con una regulación integral, pormenorizada y detallada que ayudase a superar las contingencias que pudieran desencadenarse en relación al citado deber por parte de los administradores en el marco de sus funciones.

Igualmente, es común que recoja la excepción por autorización o por una obligación legal y la vigencia de la confidencialidad aún después de cesar en el cargo. También es importante que se incluya expresamente los casos del representante persona física del administrador que ostenta el cargo de persona jurídica.

A pesar de que en la práctica las regulaciones realizadas a través del citado reglamento

son más laxas que las previstas en un acuerdo de confidencialidad, sería deseable especificar en el reglamento en qué supuesto se permite la divulgación de esta información confidencial a terceros, especialmente en el caso de los consejeros dominicales para resolver la inseguridad jurídica con estos. Y es que, podemos encontrarnos tanto ante una infracción de una cláusula contractual de forma directa, como ante una infracción pero de un elemento a través del que se integra el vínculo contractual.

La importancia de la regulación contenida en los reglamentos de los consejos de administración alcanza, por ejemplo, entre otras cuestiones, la posibilidad de saber si nos encontramos o no ante un conflicto relevante.

En este sentido, tras la sorpresa de encontrar en la Ley de Sociedades de Capital una norma jurídica cuasi-penal dirigida a la moral privada del consejero, y analizando el caso concreto del conflicto de competencia, lo cierto es que los conflictos de esta naturaleza no son habituales y cualquier consejero cabal sabe que debe informar a la sociedad en tales circunstancias e instar, en su caso, la autorización del órgano competente.

En relación a la práctica societaria, la misma nos lleva a distinguir entre el conflicto relevante por su importe o trascendencia del conflicto que no reúna tales condiciones. Este último habrá de solventarse a través de las normas internas de información y fiscalización que la sociedad haya aprobado. En el seno del conflicto relevante, deberá asimismo diferenciarse el conflicto ocasional, esporádico o coyuntural del conflicto estructural, esto es, el de carácter permanente o persistente. La normativa no es clara en tanto que define el conflicto de competencia en términos poco precisos: «desarrollar actividades por cuenta propia o cuenta ajena que entrañen una competencia efectiva, sea actual o potencial, con la sociedad o que, de cualquier otro modo, le sitúen en un conflicto permanente con los intereses de la sociedad» artículo 229.1.f) LSC y al no establecer de forma concreta e indubitada la dispensa por el consejo del conflicto de competencia en contraposición con otros conflictos de interés<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> MATEU DE ROS CEREZO, R., “Gobierno corporativo de las sociedades cotizadas: entre la libertad y la regulación.”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 303, 2017, pp. 24-25.

## ***2. Pactos de confidencialidad***

En términos generales en las relaciones contractuales de cierta envergadura es muy habitual que las partes regulen sus obligaciones en torno a la información de carácter confidencial, siendo esta la solución más sencilla y económica para sentar las bases respecto al alcance de la misma. Un acuerdo de confidencialidad entre el propio consejero dominical y la sociedad puede constituir una vía eficaz para determinar qué cubre el deber de confidencialidad, la duración de esta obligación, las excepciones al cumplimiento y las consecuencias de su incumplimiento, incluyendo por ejemplo una cláusula penal<sup>84</sup>. Sin duda, el deber de secreto del administrador se vería reforzado si se mencionara expresamente en el acuerdo de confidencialidad.

## ***3. Cartas de nombramiento o designación***

Para asegurar la transparencia del cargo de los consejeros dominicales, se recomienda que estos consejeros divulguen su cargo como tales y los intereses del socio proponente y, especialmente en las sociedades cotizadas lleven un registro de las expectativas del socio proponente y de la información que tratará con él pidiendo que guarde secreto. También se recomienda que las comisiones de nombramiento desarrollen una política más integral para sus consejeros que se refiera específicamente a los posibles conflictos de interés. Para garantizar la independencia del consejero, puede ser especialmente útil redactar una carta de nombramiento o designación en la que el socio proponente declare formalmente que, aunque espera que su propio consejero tenga en cuenta sus intereses, es consciente de la independencia del mismo, no estando obligado el consejero a seguir sus instrucciones<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> ARANBURU URIBARRI, “Alcance del...”, cit., pp. 9-10.

<sup>85</sup> PAZ-ARES, C., “Identidad y...”, cit., pp. 105-106.

También es recomendable la formalización de un acuerdo de confidencialidad basado en esta carta, mediante el cual el accionista se compromete a no usar o transmitir información confidencial proporcionada por el consejero dominical<sup>86</sup>.

A ello se suma el hecho de que es una obligación implícita del accionista el mantener la confidencialidad de la información cuya publicación o divulgación a un tercero ajeno a la sociedad pueda perjudicar los intereses de la misma. En todo caso, esta obligación también puede estar regulada por ley o pactada en pactos parasociales con acuerdos de confidencialidad incorporado.

---

<sup>86</sup> PAZ-ARES, C., “Identidad y...”, cit., pp. 143

## Conclusiones

A continuación, abordaremos las conclusiones a las que podemos llegar respecto a las distintas cuestiones comentadas en los sucesivos epígrafes del presente trabajo, a saber:

1ª) Respecto al alcance objetivo del deber de secreto, debemos concluir que si bien con la reforma de la LSC del 2014, el legislador tenía como finalidad ampliar el ámbito objetivo del deber de secreto del administrador, lo cierto es que una interpretación literal de la disposición puede dar lugar a obligaciones desproporcionadas para un representante leal.

Por lo tanto, está claro que toda la información privada se protege como confidencial, siguiendo los criterios de importancia y razonabilidad. El interés legítimo en mantenerlo en secreto descansa en el interés social de la información para garantizar la confidencialidad de la misma. Existen al menos tres excepciones al deber de secreto: (i) si la ley lo permite o exige la divulgación de información; (ii) supuestos en los que esté justificado en el marco de una gestión cuidadosa y leal de la sociedad y, finalmente, (iii) cuando la divulgación sea necesaria por razones de orden público.

2ª) En lo relativo al alcance subjetivo del deber de secreto, según la doctrina mayoritaria, todos los administradores tienen un deber de secreto con independencia de la forma de órgano de administración ante la que nos encontremos, dada la literalidad de la regulación que contempla dicho deber, incluyéndose al administrador de hecho. Sin embargo, la excepción la encontramos para la persona física que representa al administrador persona jurídica con respecto a la información que se le proporciona. Por último y en lo que respecta a la sensible situación del consejero dominical respecto a esta obligación, en principio no existe excepción regulada y por lo tanto se encuentra sometido a dicho deber como administrador.

3<sup>a</sup>) Abordando el alcance funcional del deber de secreto, cabe recordar que la violación del citado deber puede entenderse tanto en sentido positivo, si se revela información a terceros, como en sentido negativo, si se permite o no se impide el acceso a la información confidencial. Generalmente, se distinguen dos tipos de comportamiento ilícito: la divulgación y la comunicación. Con la divulgación la información pasa a ser de dominio público, mientras que con la comunicación la información es conocida por un tercero. Respecto a la comunicación no es requisito imprescindible que la misma sea verbal, siendo suficiente con facilitar el acceso a la misma o entregar el soporte físico donde se encuentre.

4<sup>a</sup>) Respecto a la insuficiencia de cauces para exigir la responsabilidad cabe señalar que a día de hoy existen muy pocos litigios judicializados sobre el deber de lealtad, lo que debilita no sólo su efecto disuasorio sino también su eficacia directiva, no haciendo posible que la jurisprudencia proporcione una orientación jurídica a la escasa normativa. Existen tres obstáculos principales que dificultan el litigar sobre el particular: (i) altos requisitos de legitimidad para promover una acción social de responsabilidad; (ii) la poca transparencia en las situaciones de conflicto y (iii) la dificultad probatoria.

5<sup>a</sup>) En relación a la especial situación entre el deber de secreto y el consejero dominical, la doctrina mayoritaria apoya que es un deber inherente a cualquier tipología de administrador. Sin embargo, en la práctica, es difícil para los consejeros dominicales mantener la confidencialidad debido al vínculo entre estos y sus socios proponentes. Contrariamente a la visión permisiva, los autores argumentan que, en ausencia de una excepción legal expresa, sería injusto que estos consejeros pudieran informar a los accionistas minoritarios sobre asuntos confidenciales que los accionistas mayoritarios ignorasen. Asimismo, debe tenerse presente que prevalece el deber de lealtad del administrador con la sociedad a pesar de que exista una especial relación de confianza entre el administrador y el socio que hizo la propuesta. Por otro lado, el flujo de información no parece fundamental porque el consejero dominical no está sujeto a las instrucciones del accionista, sino que debe actuar de manera independiente y para el interés social. Sin embargo, estudios recientes favorecen una interpretación más flexible de esta cuestión, considerando que el deber de confidencialidad no es absoluto y que la revelación de información confidencial por parte de estos consejeros está justificada

para el ejercicio de sus funciones, lo cual es ineludible y coherente con su práctica. Otros autores aceptan esta posición porque esta opción requiere que la relación sea pública y que el intercambio de información se base en el consentimiento expreso o tácito de la sociedad controlante o en el interés de la sociedad. Parece lógico que el administrador pueda, por regla general, compartir información con el socio proponente, si lo hace de buena fe y en interés de la sociedad, y también si no hay conflicto entre el deber del administrador de lealtad a la sociedad y el deber con su socio proponente, ya que el primero tiene prioridad.

6<sup>a</sup>) En relación a los pronunciamientos jurisprudenciales sobre el deber de secreto del consejero dominical, no existe una decisión clara al respecto. El TS dictó en su sentencia de 4 de octubre de 2011 (RJ 2012/759) que no se trataba de una violación del deber la actuación llevada a cabo en la medida en que no existía comunicación a terceros. Esto no se dio porque los propios consejeros dominicales procesados eran el accionista único y el director general del accionista proponente. Es cierto que el tribunal afirmó que el deber de secreto no es absoluto, por lo que puede ajustarse en función de los destinatarios, pero no existe una referencia específica en la misma a la figura de los consejeros dominicales. El TS, por su parte, se ocupa de la revelación de información cuya ocultación pueda perjudicar los intereses de la sociedad, de acuerdo con el artículo 237 LSC, y asume que el deber de confidencialidad debe formar parte de la lealtad a la sociedad. Por otra parte, la Audiencia Provincial de Barcelona manifestó en su resolución de 14 de diciembre de 2005 (AC/2007/12) que el derecho a la representación proporcional no impide el cese de los administradores designados por este sistema si tienen algún tipo de conflicto de interés (artículo 224 inciso 2 LSC). El tribunal confirmó la destitución de los tres consejeros, teniendo en cuenta el riesgo de que los consejeros compartieran información con el socio proponente, a su vez con el competidor de la empresa. El tribunal señala que aun cuando el consejero dominical se obligase a actuar de forma independiente, la "relación operativa" entre el consejero y el socio crea un riesgo inevitable de daño a los intereses sociales. En este sentido, el TS en sentencia de 11 de noviembre de 2014 (RJ 2014\6459) sustenta la existencia de una grave amenaza a los intereses sociales por la posible fuga de información relacionada con la competencia, derivado de la confianza entre el consejero y el socio proponente.

7ª) Señalar que inicialmente no existe una excepción general en el derecho societario ni en la jurisprudencia al deber de secreto de los consejeros dominicales, lo que implica una importante inseguridad jurídica para estos consejeros a la hora de compartir información con su socio proponente, lo que inevitablemente se da en la práctica. Es más, a pesar de que es un tema recurrente en las sociedades, tanto la doctrina como la jurisprudencia son escasos al respecto. Si bien la doctrina tiende a adoptar una actitud aún más permisiva y comprensiva al respecto y el TS parece aceptar la modulación del deber de secreto, se recomienda regular y contemplar el alcance de esta obligación especialmente desde el punto de vista de los consejeros dominicales, a través de la firma de un acuerdo de confidencialidad, de una carta de nombramiento o de la regulación en el reglamento del consejo de administración.

## Bibliografía

ALCALDE SILVA, J. “La extensión temporal del deber de secreto de los administradores sociales”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 275, 2010, p. 42 (disponible en <https://jaimealcalde.cl/assets/files/La-extensiontemporaldeldeberdesecretodelosadministradoressociales.pdf>, última consulta 31/01/2023).

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “El deber de secreto de los administradores sociales”, *Almacén de Derecho*, agosto 2018 (disponible en <https://almacendederecho.org/deber-secreto-los-administradores-sociales#:~:text=El%20art.,ley%20lo%20permita%20o%20requiera%E2%80%9D> ; última consulta 01/01/2023)

ALFONSO SÁNCHEZ, R., “La obligación del administrador de guardar secreto: entre el deber de diligencia y el deber de lealtad”, *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, núm. 3, 2016, pp. 457-472.

ARANBURU URIBARRI, E., “Alcance del deber de secreto de los consejeros dominicales”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2016, pp. 29-41.

BELÉN CAMPUZANO, A, “La acción social en el sistema de responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital”. EMPARANZA SOBEJANO, A. (dir.), *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 288.

BOQUERA MATARREDONA, J, “La dispensa del conflicto de interés de los administradores por la Junta General”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 57, 2019, p.24.

CASTELLANO RAMÍREZ, M. J., “El deber de secreto”, en ROJO, A. y BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario a la ley de sociedades de capital*, tomo I, Navarra, Thomson Reuters, 2011, pp. 1664-1674.

DEL VAL TALENS, P, “Los consejeros independientes ante el activismo accionarial.”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 136, 2014, p.6.

EMPARANZA SOBEJANO, A, *El derecho de sociedades y de cooperativas: nuevos retos en su configuración y en la gestión de los administradores*, Madrid, Marcial Pons, 2019, p. 152-165.

EMPARANZA SOBEJANO, A, “El deber de lealtad de los administradores y de evitar situaciones de conflicto”. EMPARANZA SOBEJANO, A. (dir.), *Las nuevas obligaciones de los administradores en el gobierno corporativo de las sociedades de capital*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 149-151.

FACHAL NOGUER, N, “La devolución del «enriquecimiento injusto» como mecanismo para combatir la deslealtad del administrador”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 2020, p.4.

FARRANDO MIGUEL, I., *El deber de secreto de los administradores de sociedades anónimas y limitadas*, Estudios de Derecho Mercantil, Madrid, Civitas, 2001.

FELIU REY, J., “El deber de secreto de los administradores”, en MARTÍNEZ-ECHEVARRÍA y GARCÍA DE DUEÑAS, A. (dir.), *Gobierno Corporativo: la Estructura del Órgano de Gobierno y la Responsabilidad de los Administradores*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 613-648.

GALLEGO SÁNCHEZ, E., “El deber de secreto de los administradores tras la reforma

de la Ley de Sociedades Anónimas por la Ley de Transparencia”, en Rodríguez Artigas, F. (coord.), *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, volumen II, Navarra, Thomson Aranzadi, 2006, pp. 991-1028.

GARCÍA ÁLVAREZ, B., “El deber de secreto de los administradores y el derecho de información del socio: Un conflicto abierto”, *Revista Derecho de los Negocios*, núm. 254, noviembre 2011, pp. 7-23.

MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J., “Cuaderno de Derecho y Comercio”, núm. 65, 2016, pp. 46-47.

MASSAGUER FUENTES, J., “La responsabilidad contractual de los administradores de sociedades de capital por incumplimiento del deber de lealtad”, *Revista de Derecho de Mercantil*, núm. 313, 2019, p.6.

MATEU DE ROS CERESO, R., “Los consejeros no ejecutivos en la ley de sociedades de capital: consejeros independientes y consejeros dominicales”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 47, 2016, 3-20.

MATEU DE ROS CERESO, R., “Gobierno corporativo de las sociedades cotizadas: entre la libertad y la regulación.”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 303, 2017, pp. 24-25.

PAZ-ARES, C., “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *InDret*, 2003 (disponible en [http://www.indret.com/pdf/162\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/162_es.pdf); última consulta 18/11/2022).

PAZ-ARES, C., “Anatomía del deber de lealtad”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 39, 2015, pp. 43-65 (disponible en

<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4614/documento/at03.pdf?id=5766>; última consulta 12/11/2022).

PAZ-ARES, C., “Identidad y diferencia del consejero dominical” en Juste Mencía, J. y Espín Gutiérrez, C. (coords.), *Estudios sobre órganos de las sociedades de capital: liber abicorum*, Fernando Rodríguez Arigas, Guadencio Esteban Velasco, tomo II, Navarra, Aranzadi, 2017, pp. 39-191.

RIBAS FERRER, V., “Deberes de los administradores en la Ley de Sociedades de Capital”, *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 38, 2012, pp. 86-87.

SÁEZ LACAVE, M. “Consejeros dominicales minoritarios y buen gobierno corporativo”, *Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2022, p. 1 (disponible en [https://indret.com/wp-content/uploads/2022/01/InDret\\_1.2022\\_Saez\\_Final.pdf](https://indret.com/wp-content/uploads/2022/01/InDret_1.2022_Saez_Final.pdf), última consulta 01/02/2023).

SÁNCHEZ CALERO, F., “El deber de secreto de los miembros del Consejo de Administración de las sociedades cotizadas”, *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, núm. 34, 2004, pp. 246-267.

SÁNCHEZ CALERO, F., “Acción social y acción individual de responsabilidad”, en *Los administradores en las sociedades de capital*, Madrid, Thomson Civitas, 2007, pp. 365-428.

SÁNCHEZ CALERO, F., “Supuestos en los que no opera el deber de secreto”, en *Los administradores en las sociedades de capital*, Madrid, Thomson Civitas, 2007, p. 215-221.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La reforma de los deberes de los

administradores y de su responsabilidad”, en *Estudios sobre el futuro del Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 904-905 (disponible en [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21008/reformadeberesadministradores\\_sanchez-caleroguilarte\\_RIO\\_2015.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21008/reformadeberesadministradores_sanchez-caleroguilarte_RIO_2015.pdf); última consulta 12/11/2022).

VEGA CLEMENTE, V. y HERRERO JIMÉNEZ, M., “La nulidad de la convocatoria de junta general como consecuencia de la vulneración del derecho de información del socio y otros defectos formales”. GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, M y COHEN BENCHETRIT, A. (dirs.), *Derecho de Sociedades: cuestiones sobre órganos sociales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 128-129.

VIVES RUIZ, F, “El deber de secreto de los administradores sociales”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 167, 2022, p.26.

## **Legislación**

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE, núm. 281, de 24 de noviembre de 1995, pp. 33987-34058.

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. BOE, núm. 10, de 11 de enero 1991, pp. 959-962.

Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas. BOE, núm. 171, de 18 de julio de 2003, pp. 28046-28052.

Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo. BOE, núm. 293, de 4 de diciembre de 2014, pp. 99793-99826.

Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales. BOE, núm. 45, de 21 de febrero de 2019, pp. 16713-16727.

Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. BOE, núm. 161, de 3 de julio de 2010, pp. 58472-58594.

Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. BOE, núm. 255, de 24 de octubre de 2015, pp. 100356-100541.

Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea. BOE, núm. 252, de 20 de octubre de 2007, pp. 42692-42708.

Reglamento (UE) nº 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado.

BOCG. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A, 30 de mayo de 2014, núm. 97-1 (disponible en [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-97-1.PDF](https://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-97-1.PDF) ; última consulta 28/11/2022).

## **Índice de jurisprudencia**

### **Sentencias del Tribunal Supremo:**

STS núm. 2747/1962, de 13 de abril de 1962

STS núm. 662/2011, de 4 de octubre de 2011 (RJ 2012\759).

STS núm. 609/2014, de 11 de noviembre de 2014 (RJ 2014\6459).

### **Sentencias de Audiencias Provinciales:**

SAP de Barcelona Sección 15ª, núm. 522/2005, de 14 de diciembre de 2005 (AC 2007\12).

SAP de Santa Cruz de Tenerife Sección 4ª, núm. 118/2007, de 28 de marzo de 2007  
(AC 2007\894).

SAP de Vizcaya Sección 4ª, núm. 22/2012, de 20 de enero de 2012 (AC 2012\288).

### **Sentencias de Juzgados de lo Mercantil:**

SJM núm. 1 de Bilbao, de 26 de enero de 2011 (JUR 2011\47776).